

notícia do direito brasileiro

■ 1971



O DIREITO PENAL E OS DIREITOS INDIVIDUAIS DE GARANTIA

Professor Luiz Vicente Cernicchiaro

1. O ordenamento jurídico é superestrutura. Vários fatores o condicionam. Dessa forma, os princípios e normas fundamentais do Direito, determinam no tempo e no espaço, aspectos diferentes das legislações. O Direito de um país socialista se distingue das nações que se situam em outros quadrantes políticos. O aspecto gramatical da lei não constitui óbice para que o diploma legal se mantenha atualizado, inobstante o passar do tempo. A lei não se esgota na expressão verbal. Esta é roteiro que indica um conteúdo — a denominada vontade objetiva da lei. Isso explica e justifica que o Código Penal Alemão de 1871 continua a ser útil para a sociedade de um século depois do início de sua vigência. O mesmo seja dito do Código Criminal da França, obra de 1810 que, entretanto, acompanha a evolução do país. A interpretação progressiva ou evolutiva faculta a constante atualização da norma jurídica, de forma a absorver o progresso da ciência e ser sensível à mutação dos valores de uma sociedade.

2. A Carta Política, no momento histórico em que vivemos, representa a lei fundamental de um Estado. O estudo de qualquer setor jurídico determina observar suas normas. No futuro — e acreditamos não estar muito distante — em virtude da constante e cada vez maior comunicação entre os Estados, de maneira a se impor uma disciplina coletiva, a atual soberania transformar-se-á em autonomia. Os Estados deixarão de traçar sua organização jurídica sem vinculação a terceiros mas, necessariamente, conformarão o sistema em função de uma ordem comum e superior. Os organismos internacionais hoje, ainda sem a ideal ascendência, evidentemente, tendem ao fortalecimento e exprimirão a vontade média dos Estados. Em nossos dias, o Direito Penal compõe um sistema de leis nacionais e consagra normas de Direito Penal Internacional. No futuro prevalecerá o Direito Internacional Penal, de que é evidente sintoma o Projeto de Código Penal Tipo para América Latina.

3. É indisfarçável vinculação do Direito Constitucional com o Direito Penal decorrente da hierarquia das leis e que se prende a laços políticos e históricos.

A compreensão da Dogmática implica incursões na História. O instituto jurídico só se revela em toda a sua grandeza, quando ressaltados seus antecedentes e conhecida a função que exerce no sistema jurídico.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 consagra que “O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela União indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (art. 1.º), acrescentando o parágrafo único: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”.

Essa proclamação, conjugada aos princípios reitores da Ordem Econômica e Social, notadamente da “liberdade de iniciativa”, “função social da propriedade” (art. 160, I e III) e aliada a norma do art. 170: “As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”, cujos parágrafos também são muito expressivos: “Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica” (§ 1.º) e “Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (§ 2.º), autorizam afirmar que o Estado brasileiro se orienta por princípios de política social.

Essa opção se projeta no Direito Penal. Interessante é observar que, politicamente, os coloridos do Direito Penal continuam os mesmos implantados com a proclamação de nossa independência, em 1822. As modificações dogmáticas resultaram do impacto produzido pela Escola Positiva cujos postulados foram harmonizados com os princípios da Escola Clássica. Embora essas posições doutrinárias repousassem em concepções políticas e filosóficas diferentes, em nossa legislação, transformações não abalaram os alicerces do sistema. Adotamos uma recomendação eclética.

O estudo comparativo da Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824) e da Constituição da República Federativa do Brasil (Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969), no tocante às diretrizes fundamentais do Direito Penal, revela normas comuns. Entremostra-se constante preocupação do legislador: **preservação do direito de liberdade do cidadão**. O Estado, no campo repressivo, se autolimitou com a adoção do princípio da reserva legal.

“Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada” (Constituição de 1824, art. 179, § 11).

“A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (Emenda Constitucional de 1969, art. 153, § 16).

A referida autolimitação é característica do Estado liberal e, aos poucos, foi conquistada. A MAGNA CARTA, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, no ano de 1215, representou significativa conquista:

“Ninguém poderá ser detido, prêso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país” (n.º 48).

A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA (Williamsburgh, 12 de junho de 1776) consignou:

“...e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por julgamento de seus pares, em virtude de lei anterior” (art. 10.º).

A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (2 de outubro de 1789) seguiu a mesma diretriz:

“A lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada” (n.º VIII).

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas) proclamou como ideal:

“...Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso” (art. 11).

4. Registre-se porém que a Lei Maior se refere a **crime**, enquanto a legislação ordinária, adotando o critério dicotômico, distinguiu a infração penal em **crime** e **contravenção penal**, consoante o artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal.

Indagar-se-á: as contravenções penais estão excluídas da proteção do princípio da legalidade?

A pertinência da questão se reforça quando se observa que as Constituições de 1824 (art. 179, § 11), de 1891 (art. 72, § 15) e a de

1934 (art. 113, § 26) preferiram redação diferente, não se vinculando a uma espécie de ilícito penal.

No Império, de forma ampla, houve referência à “lei anterior e na forma por ela prescrita”.

A primeira Constituição da República reproduziu o texto que a antecedeu, modificando apenas uma preposição: “... em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”.

A Constituição de 1934, por sua vez, dispôs: “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita” (art. 113, 26).

Em 1937, encontra-se a mesma linha: “As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores” (art. 122, 13).

A Constituição de 1946 mencionou: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior” (art. 141, § 27).

A Carta Política de 1967 reproduziu a orientação: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (art. 150, § 16).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, não dissentiu: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (art. 153, § 16).

Em síntese, as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não especificaram a infração, valendo-se de redação ampla, abrangedora de qualquer ilícito penal. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, todavia, fazem referência, expressamente, a **crime**.

O constituinte, com a modificação literal, teria imprimido outro roteiro à nossa legislação, excluindo as contravenções penais do âmbito do princípio da legalidade, expresso por FEUERBACH — “**nullum crimen, nulla poena sine lege**”?

Infração penal é gênero de que o crime é espécie. Compreende também as contravenções penais, porquanto o nosso Direito adota o critério da bipartição.

O Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) manda aplicar a essa categoria “as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso” (art. 1.º).

O artigo 1.º do Código Penal, ao disciplinar a **anterioridade da lei**, reza: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” e como a lei das contravenções não infirma essa norma, ao contrário, a ela é permeável, conclui-se que o princípio vigora também para essa espécie de ilícito penal, contudo é mera garantia de tal ordinária. E da Constituição foi suprimida? Seria supérfluo arrolar argumentos para ressaltar a grande importância que essa distinção produz. A simples dificuldade para modificação do texto constitucional, em comparação com a reforma da legislação comum, por si só, cria sério obstáculo para os governantes ficarem armados para perseguir o indivíduo.

Estranho, porém seria se o consrituinte houvesse rompido a tradição de nosso Direito, excluindo a mais benigna das infrações. Seria exdrúxulo o legislador reservar a possibilidade de atuação arbitrária, municiando os detentores do poder de instrumentos menos severos, renunciando às coações mais eficazes.

A integração da mencionada norma com o texto de Constituição leva o intérprete a concluir que o espírito da Carta Política é o da manutenção da secular garantia. A menção apenas a **crime** não nos parece decisiva, embora o constituinte, para outro efeito, haja feito menção ao gênero — **infrações penais**, ao dar a União Federal competência para “apurar **infrações penais** contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como outras **infrações**, cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei” (art. 8.º, VIII, “C”).

O Direito Constitucional, registre-se, nem sempre designa os institutos jurídicos com a nomenclatura do Direito Penal. A título de ilustração, ressaltem-se a **graça** e o **indulto**, previstos no Código Penal. que entretanto, nas Constituições, tradicionalmente são tratados unitariamente, como **indulto**. Isso não impede, como não impedira durante a Constituição de 1946, que o Presidente da República conceda a **indulgentia Principis** individual, ou coletivamente.

Não é só.

O enunciado latino do princípio utiliza o vocábulo **crimen**, e sempre se entendeu englobar todas as espécies de infrações penais.

A interpretação não deve cingir-se ao aspecto gramatical; este é o primeiro passo, necessário para a busca do conteúdo da norma escrita, entretanto, insuficiente por si só. Torna-se imprescindível o raciocínio sistemático, através do qual, a norma em exame, inicialmente isolada, é posta em função do todo. Ademais, não se pode olvidar, mormente quando se interpreta a Constituição, o sentido político da norma jurídica. O realismo jurídico enseja auscultar as relações jurídicas a fim de bem aferir o conteúdo da lei. A pesquisa

dos matizes jurídicos deve ser sensível às causas das modificações das Constituições. No caso brasileiro, é indisfarçável: As últimas transformações políticas tem origem na Revolução de 1964, que desfraldou várias bandeiras, notadamente de cunho administrativo e econômico. Entre as reivindicações postuladas, entendemos — e parece obtermos a concordância de todos — não se inclui o banimento do princípio da anterioridade da lei penal. Esta ilação pode ser examinada sob vários ângulos, ressaltando-se, contudo, dois pormenores: Nosso país continua participando da Organização das Nações Unidas, portanto, não rompeu com as respectivas recomendações, entre as quais se inclui a reserva legal. Ademais, o Código Penal que está para entrar em vigor — sancionado pelo governo revolucionário — repetiu no artigo 1.º: “Não há crime sem lei anterior que defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Como base do Direito Penal comum, o Código, em suas palavras, entre-mostra a orientação do legislador, através da qual constata-se as linhas fundamentais do sistema. Nota-se, pois, no particular em pauta, a manutenção das diretrizes das Leis Maiores anteriores.

5. A principal consequência do princípio da legalidade é a **irretroatividade da lei penal**. A norma repressiva se projeta para o futuro. Evita-se a repetição do quadro geral da fase anterior ao período do humanitarismo.

As Constituições nacionais, dispuseram de maneira diferente, embora conduzam ao mesmo resultado, e o enunciado não obedeceu à mesma forma. As Cartas Magnas, nessa linha, podem ser reunidas em quatro grupos:

- a) ausência de dispositivo expresso — Constituição de 1891;
- b) dispositivo geral da irretroatividade das leis — Constituição de 1824: “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”. “A sua disposição não terá efeito retroativo” (art. 179, 2.º e 3.º).
- c) dispositivo específico da irretroatividade da lei penal — Constituição de 1937: “... As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores” (art. 22, 13).
- d) dispositivo referente à exclusiva retroatividade benéfica da lei penal — Constituição de 1934: “A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu” (art. 113, 27); Constituição de 1946: “...e só retroagirá quando beneficiar o réu” (art. 141, 29); Constituição de 1967: “...observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (art. 150, 16); Emenda Constitucional n.º 1/69: “...observada a lei anterior ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (art. 153, 16).

A atual orientação (coincidente com a redação dos textos de 1967, 1946 e 1934) ocasiona o efeito de arrolar a **retroatividade benéfica da**

lei penal entre os Direitos e Garantias Individuais. Consequentemente, nesse particular, mais uma vez a Constituição vinculou o Direito Penal, em cujos limites se conforma, revogando ou estigmatizando com a inconstitucionalidade qualquer lei ordinária contrastante. Aliás, o art. 2.º do Código Penal de 1940 dispôs, no parágrafo único: “A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”. Essa determinação, traçando disciplina diferente da dispensada à hipótese de **abolitio criminis**, restringia a retroatividade benigna, ao aspecto de pena menos rigorosa. A Exposição de Motivos se apres-sara em justificar a distinção: “Há uma conveniência de ordem prática a justificar este último critério, diverso do primeiro. Evita-se com (ele) uma extensa e complexa revisão ou **ajustamento** de processos já ultimados” (n.º 7).

A Constituição de 1946 operou consequências. NELSON HUNGRIA observou: “Com o advento da Constituição de 46 (que repeliu, nesse particular, preceito da Constituição de 34), foram elevados à categoria de “garantias individuais” a irretroatividade **in pejus** e a **incondicional** retroatividade **in melius**. Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que autorizando-a somente aos casos não julgados, definitivamente salvo fazia o Código” (Comentários do Código Penal, vol. I, tomo I, n.º 10, pág. 110).

Hoje, continua expresso, a retroatividade favorável alcança não só os casos de **abolitio criminis**, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, como, igualmente, se aplica à pena. Na fixação desta, são ponderados os limites máximo e mínimo da cominação legal, as causas especiais de aumento e diminuição, e as circunstâncias agravantes e atenuantes, dessa forma, qualquer modificação nesses elementos será idônea para revisão da pena **in concreto**, esteja, ou não a sentença com o selo da coisa julgada.

O Código Penal de 1969 foi coerente com a Lei Maior: “A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorecer o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível:” (art. 2.º, § 1.º).

6. A sanção criminal recebe a denominação específica — **pena**. As características do ilícito, do ponto de vista substancial, ensejam acalorados e longos debates na literatura jurídica, notadamente para responder à indagação, se apresentam as mesmas características em todos os ramos do Direito. Formalmente, todavia, o tema simplifica. O legislador brasileiro — seguindo, aliás, o exemplo de outros países — sensível à complexidade da matéria, por definição, exaustivamente

relacionou as respectivas categorias: pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, de confisco (art. 153, § 11, da Emenda Constitucional n.º 1/69), reclusão, detenção, prisão simples e multa (Lei de Introdução ao Código Penal), além das acessórias.

O liberalismo rompeu com o Direito Penal do período da vingança pública, cujo Livro V das Ordenações Filipinas constitui ilustração. As penas infamantes, cruéis e que estendiam os efeitos a terceiros, quase sempre pessoas da família do delinqüente, com a sociedade resultante da vitória da Revolução Francesa, perderam o ambiente histórico. Surgiram outras exigências. Reclamou-se outro Direito Penal.

No estágio atual do Direito repressivo, a pena está vinculada a princípios: **legalidade, personalidade, inderrogabilidade e proporcionalidade**.

O princípio da personalidade aponta que somente o condenado deve suportar a sanção penal.

ANTOLISEI registra: “Este princípio é o resultado do progresso humano, porque, em épocas passadas, a pena era imposta, não poucas vezes, a pessoas estranhas ao fato delituoso: aos componentes do grupo social, ou da família, a que pertencesse o réu. Nas represálias bélicas e políticas ainda encontra um resíduo nesta iníqua extensão da pena” (Derecho Penal, ed. 1960, pág. 515).

Em virtude de seus antecedentes políticos, não se estranha que essa garantia comparecesse expressamente na Constituição do Império: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (art. 179, 20). Nesse ponto, foi a mais enfática das congêneres, acrescentando, na mesma passagem: “...nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”.

O primeiro texto republicano repetiu: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (art. 72, 19), o mesmo acontecendo em 1934 (art. 113, 28). A Constituição de 1937 silenciou. A reprodução se opera em 1946 (art. 141, 30), mantida em 1967 (art. 150, 13) e não alterada na Emenda Constitucional n.º 1/69 (art. 153, § 13).

A legislação ordinária — em consequência — desde o Código Criminal de 1830, incluiu a morte do agente como hipótese de extinção de punibilidade. Impossível repetir-se desde 1824 o fato de que foi personagem o nosso herói Tiradentes, cuja condenação envolveu o inconfidente e gerações posteriores.

7. A doutrina penal é rica em sugestões a respeito da natureza e fins da pena. Hoje, nas legislações, predominam as teorias mistas, dispondo que a sanção penal, além do caráter retributivo, revela finalidade de interesse individual e coletivo. A pena é a consequência jurídica da não conformação da conduta ao preceito. Busca-se, entre-

tanto, algo mais. Visa-se a estabelecer coação psicológica (prevenção geral), a fim de não serem praticadas ações típicas, e a coação individual (prevenção individual), com o que se pretende evitar a reincidência. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 sintetiza a orientação moderna no assunto: "Constitui hoje tendência muito viva, e acertada, nas legislações penais, a da ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, com vistas à realização de uma Justiça material e à escolha da medida adequada para que se cumpram os fins das penas, dos quais não se exclui a justa retribuição" (n.º 19).

A pena exerce, dessa forma, função de excepcional importância no combate à criminalidade, nos aspectos preventivo e repressivo. Nesse sentido, principalmente quanto ao primeiro, a pena conheceu grande ênfase na Escola Positiva, sugerindo-se, inclusive, os "substitutos penais", institutos jurídicos que lhes tomariam o lugar. Afastar-se-ia o caráter retributivo para imprimir à sanção finalidade eminentemente pedagógica. Embora o radicalismo dos positivistas não tenha vingado em toda sua extensão, prosperaram muitas das idéias que colocaram em crise as afirmações da Escola Clássica. O Direito Penal de nossos dias mostra-se eclético, conciliador de Escolas. Ainda não se retirou da pena o estigma da retribuição, ou seja, resposta do Estado a quem não paute sua conduta segundo os preceitos da norma, entretanto, ninguém nega que essa categoria jurídica seja meio de utilidade social. O Código Penal de 1969 anunciou o "fim da pena", consoante o artigo 37: "A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas, sempre que possível, em estabelecimentos separados ou em seções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação executiva, no sentido de sua recuperação social".

Não há mais ambiente para prosperar o apólogo de KANT que se em uma ilha alguém houvesse sido condenado à morte, ainda que a sociedade estivesse prestes a dispersar-se, a pena deveria ser executada, mesmo que nenhuma utilidade resultasse. A pena, como imperativo categórico, não poderia ser dispensada. O seu fim é o restabelecimento da ordem moral prejudicada pelo ilícito.

Atualmente, entende-se que a sanção deva ser "adequada ao condenado", isto é, nos limites da cominação, fixada à que atenda aos pormenores do fato delituoso e às características do delinqüente. Em outros termos, busca-se a **individualização da pena**.

O tema foi também objeto de preocupação dos constituintes. Manifestar-se-ia porém, somente quando a matéria passasse a receber o trato merecido em virtude da consagração das respectivas idéias.

A Constituição do Império não se preocupou com o assunto. Historicamente nasceu quando atingiam o auge os princípios da Escola Clássica. Este movimento cultural enfrentou o estudo da pena e expediu recomendações, contudo, a ênfase surgiria posteriormente, com os positivistas. Dessa forma, a Carta Política de 1824 silenciaria a respeito. O mesmo se deu em 1891, 1934 e 1937. A Constituição de 1946, todavia, determinou: “A lei penal regulará a individualização da pena...” (art. 141, 29). Em 1967 e na Emenda Constitucional n.º 1/69 encontra-se a mesma orientação: “...A lei regulará a individualização da pena” (art. 153, 13). Entremostra-se, conseqüentemente, ampliação dos direitos e garantias individuais, no tocante ao Direito Penal. Antes da vigência da Lei Maior de 1946, a legislação ordinária disciplinara o tema, tanto assim que o artigo 42 do Código Penal de 1940 determina: “Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime: I — determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II — fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

É importante registrar que os princípios da reserva legal e da personalidade da sanção criminal resultaram da luta do povo contra o soberano. Por outro lado, a individualização da pena foi inscrita pelo Estado para efetivar uma eficiente Justiça, e sensível às conquistas da Ciência do Direito Penal, da qual se destacou a Criminologia que, em visão interdisciplinar, oferece as diretrizes e recomendações de tratamento do delinqüente, ou de quem revele tendência para incidir na esfera criminal: A União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889, exerceu indistigável influência para a precipitação das idéias e consagração de institutos na legislação brasileira. BASILEU GARCIA, em feliz síntese, informa: “A União Internacional proclamou a importância dos estudos antropológicos e sociológicos na pesquisa das causas da criminalidade e na fixação dos processos de preveni-la e combatê-la. E, com a individualização, pôs em merecido realce a tese do **estado perigoso**, no qual deveriam ser judicialmente declarados certos indivíduos em razão das suas taras fisiológicas ou mentais, seus antecedentes judiciais e hábitos de vida” (Instituições de Direito Penal, ed. 1951, vol. I, tomo I, pág. 113).

O Código Penal de 1969, mais preocupado do que o texto vigente, incursionou em pormenores, e para aplicação da pena privativa de liberdade, estabeleceu: “Para a fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano, ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as cir-

cunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e a sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime" (art. 52). Em prosseguimento ao mandamento constitucional, no que se refere à multa, acrescenta a legislação ordinária: "Na fixação da pena de multa, o juiz deve ter em conta, principalmente, a situação pessoal e econômica do condenado" (art. 53).

O legislador, a cada vez, torna-se mais exigente quanto ao instituto em comento. O Código Penal vigente não contém o dispositivo estampado no texto de 1969: "Na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena" (art. 55). É certo, apesar da inexistência de norma expressa, sempre se entendeu que essa cautela era consequência lógica da exigência da fundamentação do decisório judicial. Os Tribunais, aliás, notadamente o Colendo Supremo Tribunal Federal, exigem menção explícita a esse particular, fulminando de nulidade a sentença que não exiba esse aspecto.

A cautela do legislador no entanto, não é supérflua.

A fundamentação da sentença foi uma das vitórias do humanitarismo, enquanto — registrou-se — a individualização da pena decorreu de avanços da Ciência do Direito Penal.

O Estado, ao impor a motivação, deseja garantir a imparcialidade do julgamento e esclarecer ao condenado as razões da decisão. Sobressaem matizes políticos.

No que tange à individualização da pena embora assunto vizinho e inseparável do anterior realça-se outro aspecto — o científico. Vale dizer, o Estado deseja que o réu saiba "porque recebe esta pena" (Código Penal de 1969. Exposição de Motivos, n.º 22), mas ao mesmo tempo, **conhecer** o condenado, a fim de ser aplicada a sanção conveniente e eficaz. O poder discricionário do juiz se justifica para facilitar a identificação do delinquente.

A literatura penal registra o **correcionalismo**, uma das várias concepções propostas para explicar o fim da pena. ROEDER, levando às últimas consequências a pena-utilidade, elaborou a teoria da pena indeterminada, isto é, a execução da sanção deveria ser condicionada ao tempo necessário para a recuperação do criminoso. O Professor da Universidade de Heidelberg rompia os limites da cominação. A idéia não vingou. Teoricamente é a solução perfeita. Na prática, entretanto, encontram-se barreiras até agora intransponíveis. De início, a fraqueza humana dos julgadores poderia desvirtuar a ideologia dessa sanção, com o risco de ser imposta a quem não necessitasse de recuperação ou dispensada aos que dela precisassem. A doutrina, no entanto, não ficou somente no plano acadêmico. Vicejou efeitos e deu nascimento à chamada pena relativamente indeterminada, ou seja, sem limite mínimo ou máximo.

O Código Penal de 1969 inovou, instituindo a **pena indeterminada**. É oportuno sublinhar que esse instituto não se confunde com a teoria de **ROEDER**. Restringe-se ao criminoso habitual, ou por tendência e a pena privativa de liberdade oscila entre três anos no mínimo, e dez anos no máximo, após o cumprimento da pena imposta.

A Exposição de Motivos aduziu: “Com tal pena, transfere-se a individualização para momento posterior à sentença considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e da reparação, inclusive da recuperação social do delinquente, que se deve realizar sempre por via judicial” (n.º 26).

Caracterizada a habitualidade ou a tendência criminosa, o juiz fixará pena nunca inferior a três anos, cuja duração não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da sanção imposta (art. 64 § 1.º).

Essa foi a posição mais avançada do legislador brasileiro em matéria de individualização da pena. O passo foi arrojado. Conferiu-se ao Judiciário tarefa de extrema delicadeza, que somente será levada a bom termo com muita cautela. Os juízes criminais necessitarão da constante atenção às recomendações da criminologia e, com perspicácia, apreender sutilezas da personalidade do réu para, em constatando as causas da criminalidade, impor a sanção com a dose certa.

8. As vinculações da Constituição com o Direito Penal não se limitam aos institutos jurídicos ressaltados.

A preocupação com o delinquente vem desde a Constituição Imperial, entretanto, visando a outros aspectos.

A Constituição de 1824 introduziu: “As cadeias serão limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (art. 179, 21). Quando ainda ressoavam as palavras de JOHN HOWARD em favor da humanização dos presídios, postulavam-se melhores instalações físicas, como forma de reação aos calabouços de triste memória. A Carta Imperial, ao inscrever o dispositivo transcrito fora coerente com as diretrizes escolhidas. Colocava-se, sem disfarce, na linha do liberalismo aliás, Dom Pedro I justificou a dissolução da Constituinte de 1823, a fim de outorgar ao Brasil uma Constituição mais liberal do que pretendia o Parlamento.

As Constituições posteriores não reproduziram a recomendação. Explica-se. Na República já estava consolidada a convicção da tratamento humano ao condenado. A campanha da abolição da escravatura reforçara e consciencizara a Nação a respeito da solida-

riedade humana. Quando os valores se impõem, desnecessário se faz a inclusão de normas nos textos legais, para preservá-los.

Ocorre entretanto, que a Emenda Constitucional n.º 1/69 reeditou a Constituição de 1946: "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário" (art. 153, § 14).

Não se confunda essa passagem com a registrada em 1824. A preocupação atual é outra. Visa a resguardar a dignidade do homem. Não há dúvida, os presídios com as características desejadas no Império também tocam nesse particular. Fazem-no, por reflexo. Hoje, o detento e o presidiário tem o direito ao respeito por norma constitucional. Não se restringe às condições materiais do local onde devam permanecer. Vai além. O ser humano é o centro das atenções. É norma mais ampla, abrangedora da outra.

As conseqüências da determinação, em tela, são várias e muito sérias, merecedoras da atenção dos administradores e juizes criminais.

De início, coloca-se uma interrogação. Os presídios de muitas cidades brasileiras, infelizmente, não apresentam condições de habitabilidade. Em celas acanhadas são colocadas pessoas cujo número ultrapassa aos limites de recomendação de higiene, em ambiente incompatível com a dignidade do homem. É lícito, diante da Constituição em vigor, manter esse estado de coisas? Não será atentado à integridade física e moral do preso? Até agora o assunto não mereceu a atenção necessária, embora o quadro geral do sistema penitenciário nacional, seja desolador, contrastante com o princípio político de salvaguarda de direitos e garantias individuais.

9. No tocante à pena, a disciplina da matéria foi remetida para a legislação ordinária. A Lei de Introdução ao Código Penal relaciona as sanções: reclusão, detenção e multa, cominadas ao crime, e prisão simples e multa, relativamente às contravenções penais.

As Constituições, sempre se referiram a algumas categorias para delimitar a opção do legislador. Cada texto entremostra o clima da época.

A Constituição do Império adotou particular atenção quanto a crueldade e a infâmia da sanção penal. O período da vingança pública, embora superado, ainda vivia na lembrança dos homens. Urgia impedir o retorno àquela fase. Por isso consagrou: "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis" (art. 179, 19).

A Carta Política de 1824, no terreno penal, acompanhara as últimas conquistas. Aliás, em 1830, tivemos o Código Criminal do Im-

pério onde, à exceção da pena de morte, refletiam as reivindicações do iluminismo. Esse texto serviu de modelo para a Espanha e Portugal.

A República representou significativo marco na tábua das sanções penais. A capital e a de galés se destinavam praticamente aos escravos. Proclamada a abolição da escravatura impunha-se suprimi-las. Corolariamente mencionou a Constituição de 1891: “Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial” (art. 72, § 20) e “Fica, igualmente, abolida a pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra” (idem, § 21).

Em 1934, as sequelas da vingança pública e da escravatura não mais preocupavam. Logicamente não seriam integralmente reproduzidos os textos anteriores. A Constituição mencionou *in verbis*: “Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro” (art. 113, 29).

A Carta de 1937 consignou a proibição de “penas corpóreas perpétuas” (art. 122, 13). De outro lado ampliou, sensivelmente, as hipóteses da pena de morte, abrangendo, inclusive, caso de crime comum, como é constatado no artigo 122, 13.

A Constituição de 1946 foi menos rígida. A pena de morte voltou a ser restrita à legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro e vedados o banimento, o confisco e as sanções de caráter perpétuo (art. 141, § 31). As transformações políticas, resultantes do término do segundo conflito mundial, precipitaram interrupção do Estado Novo. Abrandou-se o rigor penal.

A Constituição de 1967, quanto ao conteúdo, manteve a mesma linha: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa” (art. 150, § 11).

A Emenda Constitucional n.º 1/69 preocupou-se com a subversão, através de suas várias formas de manifestação. Voltou a vedar a “pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar” (art. 153, § 11).

Assim é garantia constitucional do indivíduo o não ser condenado às sanções mencionadas, a não ser nas hipóteses relacionadas. A legislação comum é vedado estendê-las a outros casos.